Archiv

für die

civilistische Praxis.

Drei und zwanzigster Band. Drittes Heft.

XI.

Ueber das Erforderniß der Liquidität bei der Compensation.

Von

Dr. J. L. Tellkampf,

Professor der Staatswissenschaften im Staate Neuyork in Nordamerika *).

Einleitung.

Indem ich der Untersuchung einen Gegenstand unterwerfe, um welchen in neuerer Zeit sich rühmlichst bekannte Rechtsgelehrte wie Hasse und Bethmann-Hollweg sehr verdient gemacht haben, so bemerke ich, daß mich deren werthvolle Abhandlungen [1]) zu der nachfolgenden Erörterung angeregt haben, und hoffe zuversichtlich, daß man in meinen abweichenden Ansichten sicherlich keine Anmaßung, sondern das Bestreben erkennen werde, selbstständig zur Wahrheit zu gelangen.

*) Der Aufsatz war 1838 von dem Verf., als er noch Privatdocent in Göttingen war, eingesendet. D. Red.

1) Archiv für d. civil. Praxis Bd. 7. No. 9. S. 145—207. Rheinisches Museum, Jahrg. 1. S. 258—285.

Ehe ich mich zur Hauptsache selbst wende, glaube ich folgende Erklärung der Worte „Liquidität bei der Compensation" voranschicken zu müssen.

Man hat Justinian's Ausdruck [2]): „si causa liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare," für gleichbedeutend mit — Liquidität angesehen. — Es läßt sich erst weiter unten zeigen, ob die citirte Stelle — der Liquidität oder dem Liquidabeln entspreche; vorläufig muß hier die Anführung der verschiedenen Bedeutungen der letztern Worte genügen.

Unter Liquidität wird der vollständige Beweis der vom Kläger oder Beklagten zur Begründung seines Anspruchs dienenden Thatsachen [3]) verstanden. — Hiervon ist der Begriff des Liquidabeln scharf zu unterscheiden, worunter ein ohne hemmende Weitläuftigkeiten in kurzer Zeit zu erbringender Beweis zu verstehen ist. — Da dieser letztere Begriff offenbar nicht allgemein fest begränzt werden kann, so hängt die Entscheidung darüber, ob etwas im concreten Falle liquidabel sey, nothwendig vom arbitrio des Richters ab [4]).

Unter Compensation ferner verstanden die Römer die Fiction, daß ein Gläubiger mit demjenigen, was er dem Debitor schuldet, sich selbst bezahlt habe. In diesem Sinn sagt Ulpian: Potest dici, *ipsum sibi* vel solvisse, vel

---

2) L. ult. C. de compensationibus 4. 31.

3) Das Wort Liquidität wird bekanntlich nur vom Beweise, nicht aber von der Klarheit von Rechtsfragen gebraucht. Daß auch Justinian in der cit. L. ult. C. eben so den Beweis von Thatsachen, und nicht controverse Rechtsfragen vor Augen hat, zeigen u. a. die Worte der fragl. lex: „cum res jam fuerit *approbata*."

4) Man vergleiche in dieser Beziehung vorläufig folgende Stellen der l. ult. C. cit.: „sed possit *judici* facilem exitum sui praestare," und weiter unten: Hoc itaque judices observent bis componant.

debuisse solvere [5]); und Modestin: Compensatio est debiti et crediti inter se contributio [6]).

Die Compensation ist mithin Aufrechnung von Gegenforderungen, welche nothwendig auf fungibele Sachen derselben Art und Güte gerichtet seyn müssen, damit sie überhaupt als reine Quantitäten mit einander verglichen werden können [7]). Die Wirkung einer solchen Aufrechnung besteht darin, daß sie die Stelle der Zahlung vertritt [8]), indem eine Forderung durch eine andere aufgehoben wird.

Zur näheren Begränzung der Sache bemerke ich nur beiläufig, daß während ich von dem Erforderniß der Liquidität bei der Compensation rede, ich die im gerichtlichen Verfahren zu erweisende *compensatio necessaria* berühre, welche statt findet, wo das Gesetz selbst wider den Willen des Gläubigers annimmt, daß dessen Forderung durch Gegenforderung aufgehoben sey. Von der compensatio *voluntaria* dagegen schweige ich, weil dieselbe, auf völlig willkürlicher Uebereinkunft beruhend, sich beliebig über das Erforderniß der Liquidität hinwegsetzen kann.

Wenden wir uns nunmehr zur Erörterung unseres Gegenstandes selbst, so finden wir, daß die von Justinian stammende L. ult. C. de compensationibus die Veranlassung zu dem vielbesprochenen Streit über das Erforderniß der Li-

---

5) L. 31. §. 1. D. de hereditatis petitio[ne] 5. 3.

6) L. 1. D. de compensationibus 16. 2.

7) L. 11. u. 12. D. de compens. 16. 2. u. L. 4. u. 8. C. eod. tit. 4. 31.

8) Hieraus folgt jedoch nicht, was einige Juristen angenommen haben, daß Compensation und Zahlung sich völlig gleich ständen. Auch spricht dafür, daß die Compensation, als fingirte Solution, nicht alle Wirkung einer wahren solutio haben mochte, der Umstand, daß alle diejenigen Wirkungen, welche einer die Forderung mit Nothwendigkeit aufhebenden Thatsache möglicherweise zukommen können, vollständig und ausdrücklich nur der solutio beigelegt werden. L. 2. u. 10. 43. u. 107. D. de solution. 46. 3.

quidität bei der Compensation gegeben hat. Um daher über die eigentliche Bedeutsamkeit dieses Erfordernisses richtig urtheilen zu können, wird man folgende, den Gegenstand erschöpfende drei Fragen zu beantworten suchen müssen:

I. Was galt im römischen Rechte hinsichtlich der Liquidität bei der Compensation vor der L. ult. C. de compensationibus?

II. Was hat die fragl. L. ult. bestimmt?

III. Haben an den Bestimmungen der L. ult. die deutschen Proceßnormen etwas geändert?

I. Was galt im römischen Recht hinsichtlich der Liquidität bei der Compensation vor der Lex ult. C. de compensationibus?

Die Beantwortung dieser Frage erscheint dadurch schwierig, daß die Quellen über unsern Gegenstand höchst unzureichend sind. Es läßt sich daher nicht aus klaren Angaben eine bestimmte Antwort geben, sondern die Dunkelheit des ältern Rechts läßt sich nur auf dem Wege der Schlußfolgerung einigermaßen dadurch aufhellen, daß man in das ursprüngliche Wesen der Compensation und der ihr gegenüberstehenden ältern Proceßform, so weit beides mit der vorliegenden Frage eng zusammenhängt, einzudringen versucht.

Derselbe Kampf des Princips der Billigkeit und freiern Rechtsansicht gegen das beschränkte römische Princip der Strenge und starren Form, welches überall unter verschiedenen Modifikationen und Formen in der Geschichte des römischen Rechts während der Zeit der Republik sich regt, (als dessen Vermittler gemeiniglich der Prätor auftritt *) bis die

*) Vergl. meine Abhandlung: über Verbesserung des Rechtszustandes in den deutschen Staaten, Berlin 1835, S. 34 u. f. und meine Dissert. de longa consuetudine, pag. 13.

Gegensätze zur Zeit der Erschlaffung unter der Kaiserregierung sich ausgleichen oder ineinandergehen, — derselbe Kampf erklärt auch den Entwickelungsgang der Compensation und ihrer Geltung. Auch hier war es das Princip der Billigkeit, welches allmälig die Gränzen für die Anwendbarkeit der Compensation erweiterte und der Bestimmung Justinian's vorbauete. Zeugniß hiefür geben: Papinian „*aequitas*, quae merum jus compensationis induoit [9]); und Pomponius: Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere [10]); und endlich Paulus: Dolo facit, qui petit, quod restituturus est“ [11]).

Die hier dem angedeuteten Kampf als Gegensätze Nahrung gebenden Elemente sind die *stricti juris* und — die *bonae fidei judicia*. Während aus dem Wesen der letztern die Anwendung der Compensation folgte und deßhalb im officio judicis lag [12]); galt durchaus keine Compensation in den stricti juris judiciis [13]).

In den *bon. fid. judiciis* zuvörderst machte sich die aequitas compensationis wahrscheinlich zuerst bei solchen Gegenforderungen geltend, welche aus dem der Klage selbst zum

9) L. 36. D. de administr. et peric. tutor. 26. 7.

10) L. 3. D. de comp. 16. 2.

11) L. 8. pr. D. de doli mali et metus except. 44. 4. u. L. 18. pr. D de compens. 16. 2. — L. 5. u. 6. C. h. t. 4. 31. u §. 30 u. 39. J. de actionibus 4. 6.

12) Gaji J. c. §. 63. IV. — judici (potestas est) compensationis rationem habere, (non quia id) formulae verbis praecipitur; sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus contineri creditur.

13) §. 30. J. de act. 4. 6.: In *bonae fidei* autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat: eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in *strictis* judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita *doli mali* exceptione, compensatio inducebatur.

Grunde liegenden Geschäfte, ex pari oder *ex eadem causa*, entstanden waren.

Denn diese Gegenforderungen, welche anfangs durch contrariae actiones verfolgt wurden, mußten das Bedürfniß der Compensation dringend fühlbar machen und sehr bald zu ihrer Anwendung führen, da hier nichts Hemmendes im Wege stand.

> Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo eum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis *).

Nachdem dieser Schritt geschehen war, erkannte man dann später, und zwar vor Paulus Zeit, die Compensation auch bei Gegenforderungen *ex dispari causa* für billig und anwendbar an **).

---

*) L. 18 § 4. D. commodati (13, 6.) u. L. 3. D. de comp. 16. 2. u. Gaji J. IV. §. 61.

**) Pauli sentent. recept. lib. II: tit. 5. §. 2.: Compensatio debiti ex *pari* specie et causa *dispari* admittitur: velut si pecuniam tibi debeam, et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut caetera hujusmodi, licet ex *diverso contractu*, compensare vel deducere debes.

Auf das ältere Verhältniß bezieht sich der §. 39. J. de action. 4. 6. In diese Stelle können die Worte: „ex eadem causa" nur durch gedankenloses Abschreiben des oben cit. §. 61. IV. des Gajus gekommen seyn, wie eine Vergleichung beider Stellen unter sich, und mit der L. ult. C. de comp. zeigt. Denn beide Institutionen-Stellen entsprechen sich wörtlich so genau, daß die jüngere unverkennbar von der ältern abgeschrieben ist; während Justinians Constitution, welche der Compensation völlig allgemeine Anwendung verschaffen will, von der ältern Erschwerung der Compensation bei Gegenforderungen ex dispari causa im praktischen Leben nichts mehr vorzufinden scheint, und deßhalb derselben nicht einmal mehr erwähnt.

Man vergl. beide Inst.-Stellen: Gaji J. §. 61. IV. — — habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est condemnare debeat, und Justiniani J. §. 39. de action. 4. 6.: — — habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem

Der Grund, weßhalb bei den *str. jur. judiciis* im ältesten Recht keine Compensation eintrat, lag in der strengen Form des Processes der legis actiones. Denn so lange dessen volle Strenge bestand, konnte die aequitas compensationis unmöglich geltend gemacht werden:

„— legis actiones — immutabiles proinde atque leges observabantur." [14])

Nach Beseitigung jener hindernden Formen durch eine lex Aebutia, wahrscheinlich aus Cicero's Zeit [15]), und durch zwei leges Juliae von Cäsar und August [16]) bestand das Charakteristische der str. jur. judicia im Gegensatz der bonae fidei judicia regelmäßig noch in der formula certa, wonach der judex nur die Befugniß erhielt, entweder auf die ganze in der intentio genannte Summe zu condemniren, oder ganz zu absolviren. Eine Berücksichtigung der aequitas compensationis fand mithin auch noch jetzt in der Regel nicht statt [17]). Indeß die Scheidewand selbst war bereits schwächer geworden. Es konnte daher die neben der letztern statt findende stete und geläufige Anwendung der Compensation in den bonae fidei judiciis, welche letzteren die täglich vorkommenden Geschäfte des Lebens betrafen [18]) „quibus vitae societas continetur" [19]) nach Cicero's Ausspruche, allmälig

---

causa praestare oportet, in reliquum eum cum quo actum est condemnare etc.

Wichtig ist für diese Ansicht, daß schon Theophilus hier die Worte „ex eadem causa" weggelassen hat.

Vergl. auch d. Archiv für die civil. Praxis Bd. 7. S. 154.

14) Gaji J. Lib. IV. §. 11. u. §. 19.

15) Hugo Lehrb. d. Geschichte des röm. Rechts (Aufl. 11.) S. 30. 62. 639. u. 717.

16) Gaji J. IV. §. 30, Hugo a. a. O. S. 717.

17) Gaji J. IV, §. 45. u. §. 53. in fine.

18) Gaji J. IV. §. 62.: Sunt autem bonae fidei judicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, depensi etc.

19) Cicero de offic. lib. III. cp. 17.

nicht ohne Einfluß auf die str. jur. judicia bleiben. Und in der That erzählt uns **Gajus** von zwei Verhältnissen des **alten Civilrechts**, wobei die Compensation beachtet wurde, nämlich von der Compensation des argentarius und der deductio des bonorum emtor. Wahrscheinlich wurde wegen des täglichen Verkehrs und der Natur des Verhältnisses zuerst bei den Geschäften der Argentarien die Compensation eingeführt [20].

Die Argentarien nämlich, welche Banquiergeschäfte trieben, welche aus ihren Büchern stets eine vollständige Uebersicht ihrer Geschäftsverhältnisse haben konnten, mußten, wenn sie gegen diejenigen wegen eines Guthabens klagten, welche ihnen Gelder anvertrauet hatten, die Abrechnung, ohne Erinnerung der Gegner, selbst vornehmen und ihre Klagen nur auf den nach der Abrechnung verbleibenden Ueberschuß richten. Hatte der Argentarius dies unterlassen, so wurde der Beklagte absolvirt, und der Kläger verlor als Strafe der plus petitio seine ganze Forderung.

> „Praeterea compensationis quidem ratio in *intentione* ponitur: quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat [21]).

Diese Strenge, womit hier die Compensation gefordert wurde, war ein zweckmäßiges Zwangsmittel um den Argentarius zu ordentlicher und übersichtlicher Geschäftsführung zu nöthigen; eine gleiche Strenge war bei der deductio des bonorum emtor nicht anwendbar. Dem bonorum emtor wurde nämlich eine ihm in allen Einzelnheiten nicht vollständig bekannte Masse eines Dritten gegen Meistgebot zugeschlagen. Seine Aufgabe war, alle Activa einzutreiben, und die Pas-

---

20) Gaji J. IV. § 64—68.
21) Gaji J. IV. S. 68. und §. 53. eod. loco. Si quis *intentione* plus complexus fuerit — rem perdit, nec a Praetore in integrum restituitur.

siva nach den von ihm im Meistgebot versprochenen Procenten zu berichtigen. War nun ein Gläubiger zugleich Schuldner der Masse, oder jetzt des bonor. emtor, und letzterer klagte gegen ihn, so konnte jener seine Forderung mit seiner Schuld bis auf die concurrente Summe compensiren und dadurch oft selbst volle Befriedigung erlangen, während er durch Klage nur jene Procente erhalten haben würde.

Von dem emtor einer fremden Masse kann offenbar nicht gefordert werden, daß er die Activa und Passiva völlig genau kenne; daher gilt für ihn die Regel: — deductio vero ad *condemnationem* ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit [22]).

Der Sieg, welchen später die aequitas compensationis über die starren Formen der stricti jur. judicia davon trug, bestand nur darin, daß jene in der Form einer Ausnahme berücksichtigt wurde; weiter ging das Rescript des Marc Aurel, wodurch derselbe unter der Gestalt der exceptio doli die Compensation in die str. jur. judicia allgemein einführte, in der äußern Erscheinung nicht [23]), jedoch ward der innern Bedeutung nach durch die Kraft der exceptio doli ein strict. jur. judicium zu einem bon. fid. judicio, (welches letztere seinem Wesen nach die exceptio doli gleichsam in sich enthielt). Denn hatte bei einem str. jur. judicio der Beklagte die exceptio doli erhalten, um die Compensation geltend zu machen, so lag es nunmehr im officio judicis, dieselbe gebührend zu berücksichtigen [24]). Die except. doli nämlich war die

---

22) Gaji J. loco cit. u. §. 57.: At si in *condemnatione* plus positum sit, quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed (reus cum) iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio.

23) §. 30. J. de action. 4. 6.: Sed in strictis judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur etc.

24) L. 3. C. de except. 8. 36. u. L. 2. §. 5. D. de doli mali except. 44. 4. u. L. 21. soluto matrim. 24. 3.

Exceptionsform, in welche gefüllt das Princip der Billigkeit, sich gegen die starre Form des ältern Rechts in den str. jur. judiciis allgemein Einfluß verschaffte. Deßhalb gibt es bekanntlich fast keine Einrede, welche man nicht unter der Form der except. doli in den römischen Rechtsbüchern vorkommen sähe.

Schon vor der Zeit des erwähnten Rescripts scheinen unter derselben Form, jedoch nur causa cognita und in einzelnen Fällen die Prätoren die aequitas compensationis anerkannt zu haben. [25]).

Der Umstand, daß selbst der Kaiser Marc Aurel es zweckmäßig oder nöthig fand, den Umweg der exceptio doli zu wählen, statt, wie erst später Justinian [26]) seinen Willen geradezu durchzuführen, zeigt, so wie die ganze bisherige Darstellung, daß ursprünglich die Compensation sehr erschwert und keineswegs, — wie man später oft behauptet hat — begünstigt oder gar privilegirt war. Denn zu dem **Umwege** konnten offenbar nur unbiegsame Formen oder Ansichten nöthigen. Hiemit steht auch im Einklange, daß durch Justinians fragliche Constitution die Compensation wiederum von einer Beschränkung befreiet, und nun erst auch bei den dinglichen Klagen zugelassen werden sollte.

Dieses Resultat ist für die nachherige Interpretation der cit. L. ult. C. de compens. in so fern von entscheidender Wichtigkeit, als man bei der Compensation keineswegs an eine privilegirte Einrede denken darf.

Nachdem wir in dem Bisherigen den Entwickelungsgang

---

25) L. 4. 5. u. 10. D. de comp. 16. 2.

26) §. 30. J. de act. 4. 6.: Sed et in stricti juris judiciis, ex rescripto Divi Marci, opposita *doli mali exceptione*, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes quae jure aperto nituntur *latius* introduxit ut actiones *ipso jure* minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque etc.

der Compensation von ihrem ersten Erscheinen bis zu Justinians Zeit verfolgt haben, so wenden wir uns nunmehr zu dem Erforderniß der Liquidität bei der Compensation und ihrem Verhältniß vor Justinian.

Während wir uns seither ausschließlich an die Quellen halten durften, so erfordert dagegen die Behandlung des letztern Gegenstandes die sorgfältige Beachtung der Erörterungen desselben durch Cujaz und Donell, weil diese auf die spätern Bearbeitungen, und deßhalb auf die in der Praxis herrschenden Ansichten einen entschiedenen Einfluß geäußert haben. Vorzugsweise häufig wiederholt sind die Meinungen des Donell über diesen Gegenstand, weßhalb dieselben insbesondere eine genaue Prüfung erfordern.

Cujaz behauptet in seinen Observationen lib. 8. cap. 16., gestützt auf L. 22. D. h. t. u. L. 3. D. de tutelae etc. (27. 3.), daß schon nach altem Recht Liquidität immer und absolut zur Zulassung der Compensation im gerichtlichen Verfahren erforderlich gewesen sey.

Allein die von ihm cit. L. 22. cit. spricht nicht von Liquidität, sondern nur davon, daß der Debitor, welcher alternativ decem millia *aut* hominem schuldete, die Wahl des Gegners abwarten mußte, ehe er compensiren konnte. Wurde der Sklav gewählt, so war die Forderung überhaupt nicht compensabel.

Bei der Interpretation der cit. L. 3. de tutelae ferner

> Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur, incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori procuratorive: arbitratu judicis *cavendum* est, quod eo nomine eis absit;

legt Cujaz den Nachdruck auf das *cavendum* est, *incerto hoc* etc., und deutet an, daß deßhalb bei fehlender Liquidität Caution gestellt werden müsse, weil Liquidität die Regel sey. Dies scheint allerdings für des Cujaz Behauptung zu sprechen; doch vermißt man ungern, daß letzterer

nicht durch nähere Begründung größere Gewißheit geliefert hat. —

Donell dagegen im Commentar zum Codex ad Leg. ult. cit. nimmt an, daß nach älterem Recht Liquidität durchaus nicht erforderlich gewesen sey. Hiebei stützt derselbe sich auf L. 6. C. de compens.

> Neque scriptura, qua cautum est, accepta, quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit: et compensationis aequitatem jure postulas. Non enim prius exsolvi, quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit: eo magis, quod ex te persequi dicis, quae a muliere divortii causa amota quereris.

Hier erinnere ich sofort gegen Donell's Interpretation dieser Stelle, welcher seine Vorstellungen von absoluter Liquidität auf das vorliegende Gesetz sowohl, als die L. ult. C. cit. anzuwenden sucht, daß diese seine Vorstellungen falsch sind, indem die Zulassung der Compensation im gerichtlichen Verfahren weder nach älterem, noch nach neuerem Recht von Liquidität, sondern von Liquidabilität, wie ich später ausführlich zeigen werde, abgehangen hat.

In der vorliegenden Stelle wird der zu beweisende Anspruch des Ehemannes gegen den der Ehefrau zur Compensation gelassen, nicht weil überall illiquide Gegenforderungen unbedingt zur Compensation benutzt werden dürften, wie Donell meint, sondern weil die beiden hier entgegenstehenden Forderungen sich darin gleich sind, daß sie erst noch liquidirt werden sollen. Der Anspruch des Ehemannes nämlich wird in der cit. lex nicht als bereits bewiesen bezeichnet und auch die Forderung der Ehefrau ist von dem Verfasser zufolge der Worte

> „neque — — quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit“

nicht als liquid gedacht; denn dieser Zusatz wäre völlig überflüssig und nichtssagend, wenn der Anspruch der Ehefrau

als hinlänglich bewiesen betrachtet würde. Diese letztere Behauptung wird auch durch das folgende „constiterit" bestätigt, indem dadurch die Nothwendigkeit einer vorgängigen Beweisführung von Seiten der Ehefrau angedeutet wird.

Ungeachtet dieser auffallend sich widersprechenden Behauptungen zweier so höchst bedeutender Juristen, des Cujaz und Donell über das Erforderniß der Liquidität bei der Compensation, wodurch die Besorgniß entstehen könnte, daß eine nur einigermaßen bestimmte Beantwortung derselben schwerlich zu erwarten sey, erscheinen doch folgende Vermuthungen als nicht völlig ungegründet:

Wir wissen aus dem cit. §. 30. J. de action., daß die Compensation bei den str. jur. judiciis unter der Form der except. doli eingeführt wurde. Aus dem Wesen dieser Einrede dürfen wir auf das Verfahren bei statt findender Illiquidität schließen. Sollte nämlich in der Gestalt der erwähnten Einrede die Compensation zugelassen werden, so mußten offenbar die Erfordernisse dieser Einrede vorhanden seyn, welche sich für den vorliegenden Fall aus der L. 1. §. 1. D. de doli mali exceptione ergeben: Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra *naturalem aequitatem* prosit; und aus der L. 12. eod. loco: Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.

Das Fundament dieser Einrede war zufolge der citirten Stellen und zufolge der obigen Darstellung die natürliche Billigkeit und das gesunde Rechtsgefühl. Diese exceptio, und unter deren Gestalt die Compensation, wurden daher gewiß nicht durchgesetzt, wo Billigkeit und gesundes Rechtsgefühl gegen sie gesprochen, und wo ihre Geltendmachung etwa einem dolus ähnlich gesehen haben möchte: wie in den Fällen, wo eine ungewisse und illiquide Forderung zur Compensation gegen eine offenbar liquide benutzt werden sollte. Unter solchen Umständen scheinen schon die Richter vor Justinian die Compensation nach ihrem freien

Ermessen, gegen Verpflichtung des Klägers zur cautio de restituendo, ad separatum verwiesen zu haben [27]).

Als leitende Idee konnte ihnen bei diesem Verfahren höchst wahrscheinlich nichts anderes dienen, als jenes Erwägen der vermuthlichen Schwierigkeit und Dauer der beiderseitigen Beweise und das Abweisen des Nichtliquidabeln, welches Justinian den Richtern seiner Zeit, wie wir später sehen werden, in der fraglichen L. ult. C. wiederholt einschärft.

Absolute Liquidität dagegen war der Natur der Sache nach offenbar dann nur erforderlich, wenn die Compensation gegen die actio *judicati* gebraucht werden sollte.

Eine specielle Begünstigung des Fiskus endlich ist es, daß Gegenforderungen, mit denen man gegen ihn compensiren will, innerhalb zweier Monate liquidirt seyn müssen [28]).

Hiemit würde ich die geschichtliche Untersuchung schließen, und sofort zur Auslegung der cit. L. ult. C. selbst übergehen, wenn ich es nicht für zweckmäßig halten müßte, den Ausdruck, „*ipso jure*“, welcher nicht nur in der erwähnten Constitution Justinians und in dem darauf sich beziehenden §. 30. J. de actionib., sondern auch in den Gesetzstellen aus früherer Zeit vorkommt *), zuvor zu erklären.

---

27) L. 3. cit. D. de tutelae etc.: Si tutelae aut negotiorum gestorum agatur, *incerto hoc, quantum ab adversario debetur, tutori procuratorive: arbitratu* judicis *cavendum* est, quod eo nomine eis absit.

L. 38. cit. D. pro socio: Pro socio arbiter prospicere debet *cautionibus* in futuro *damno vel lucro pendente ex societate*. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei judiciis existimavit etc.

28) L. 46. §. 4. de jure fisci (49. 14.) Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet.

*) L. 4. u. 10. D. de compens. 16. 2. u. L. 4. C. eod. tit.

Hasse legt auf den Unterschied einer formellen und materiellen Bedeutung des ipso jure, großes Gewicht [29]).

1) In formeller oder processualischer Bedeutung soll nämlich das ipso jure im Gegensatz von per exceptionem gedacht werden;

2) in materieller Bedeutung soll das ipso jure gleich unserm deutschen Ausdruck seyn: „es tritt das von selbst ein", d. h. es bedarf keiner besondern Handlung, indem das Recht oder das Gesetz selbst die ausschließliche Ursache eines gewissen Erfolgs ist.

Dieser Unterschied erscheint mir jedoch nicht so sehr bedeutungsvoll. Denn das formelle ipso jure, welches die rein processualische Form betrifft, konnte nur so lange im altrömischen Proceß von Wichtigkeit seyn, als in demselben die Compensation in der Gestalt der exceptio doli, als exceptio im ächt römischen Sinn, d. h. als besonderes Ausnahmerecht gegen die stehen gebliebene actio und ihre Regel, geltend gemacht werden mußte, — mit dem Hinwegfallen dieser Exception indeß durch Justinians Constitution verlor sofort die Unterscheidung eines formellen ipso jure, welches ja eben als das Verhältniß gedacht wurde, in welchem die Compensation nicht in der Form der *exceptio* doli eintrat, alle praktische Bedeutung, indem es sich in nichts von dem materielllen ipso jure unterschied.

Es lag in diesem ipso jure Eintreten der Compensation einfach die Bedeutung, daß der Schuldner von selbst, jure civili, befreiet werde, und die frühere Form der exceptio doli kam, gänzlich aufgehoben, als unpraktisch in Vergessenheit, und bildete keinen der Aufmerksamkeit werthen Gegensatz.

Justinian sagt hierüber: — in stricti juris judiciis ex rescripto D. Marci opposita doli mali *exceptione* compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes,

---

29) Archiv für civil. Praxis Bd. 7. S. 176.

quae jure aperto nituntur, latius introduxit, *ut ipso jure actiones minuant* [30]).

Nach damaligem römischen Proceßrechte war hiemit dem Beklagten die Vertheidigung gegeben, daß er die Compensation nicht unter der Form einer besondern exceptio zu opponiren brauchte, sondern daß er, auf die erstere sich stützend, die jetzige Existenz des eingeklagten Verhältnisses leugnete.

Jenes Leugnen überhob indeß den Beklagten nicht seiner Verpflichtung, die von ihm zur Compensation benutzte Gegenforderung zu beweisen [31]).

Ihn trafen daher Justinians Vorschriften über Liquidität eben so wohl, als denjenigen, welcher die Compensation etwa unter der früheren Form der exceptio doli vorschützte.

Hiebei wurde im Processe der Natur der Sache nach folgender Unterschied zwischen dem ipso jure Eintreten der Compensation und der Anerkennung derselben nach erbrachtem Beweise beachtet:

Standen gleichartige Forderungen zweier Parteien einander gegenüber, so betrachtete man sie zufolge der im Eingange erwähnten Fiction zwar als ipso jure im Augenblick der Fälligkeit bis auf die concurrente Summe aufgehoben, und zog demgemäß die Wirkungen der letztern z. B. hinsichtlich der Zinsberechnung bis auf diesen Zeitpunkt zurück [32]), allein im Proceß mußte der Beklagte sich darauf berufen, wenn der Richter sie beachten sollte [33]);

und der Richter konnte dann offenbar den Effekt der Compensation unmöglich eher anerkennen, als die zur Compensation gebrachte Forderung bewiesen war. Denn

---

30) §. 30. J. de actionibus.
31) L. 12. D. de probationibus (22. 3.)
32) L. 4. C. h. tit. cit.
33) L. 1. §. 4. D. de contraria tutelae act. (27. 4.)

daß diese bewiesen seyn müsse, wenn der Richter erkennen soll, versteht sich von selbst, weil die Compensation die **Existenz** einer Gegenforderung voraussetzt, der Richter aber nichts als existirend annehmen darf, bevor dessen Existenz ihm bewiesen ist. In diesem Sinn sagt Alexander in der L. 4. C. h. t. ausdrücklich:

> Si constat, pecuniam invicem deberi, *ipso jure* pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes summas, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

Der Nachdruck liegt hier auf dem „*si constat, pecuniam invicem deberi*" d. h. wenn die Gegenforderungen ausgemacht und außer Zweifel gestellt, mithin liquid sind. Nur unter dieser Voraussetzung gesteht Alexander Sever der Compensation den vollen Effekt zu.

Demnach darf man auch annehmen, daß die Gesetzstellen, welche vom ipso jure sprechen, dann stillschweigend Liquidität vorausgesetzt haben, wenn sie von Folgen reden, welche möglicherweise nur eine als bewiesen anerkannte Forderung haben kann.

Ein solches Trennen im Effekt der Compensation wird keineswegs durch den Ausdruck ipso jure ausgeschlossen. Denn der Zeitpunkt der ipso jure eintretenden **Existenz** eines Verhältnisses und der Zeitpunkt der **Anerkennung** dieses Verhältnisses können möglicherweise sehr weit auseinander liegen. — Eben da dies in der That bei der Compensation von jeher häufig beobachtet wurde, ist dann auch überhaupt in der cit. L. 4. C. von dem erwähnten **Zurückrechnen** der Wirkungen bis auf den Augenblick der Anerkennung der Compensation die Rede.

Indem **Donell** und seine Anhänger diesen Unterschied nicht beachteten und dem bloßen *ipso jure* **Eintreten** alle

Wirkungen der bewiesenen Compensation beilegten, sind durch ihre Auslegungen große Verwirrungen in diese Lehre gekommen.

Es sagt Donell nämlich:

„— ipso jure, id est ita liberatur, ut jure nulla amplius maneat obligatio.“[34])

Nach dieser Annahme folgert derselbe dann aus den Worten „ipso jure“, ohne in der cit. Stelle die nothwendige Rücksicht auf Liquidität zu nehmen, weiter, daß man sich auf die Compensation zu jeder Zeit, und selbst noch nach der Sentenz berufen könne, wodurch sich das ipso jure liberari vortheilhaft von dem per exceptionem unterscheide, welche letztere an gewisse Abschnitte des Processes gebunden sey.

Obgleich eine Widerlegung dieser Behauptungen Donell's schon in dem Obigen liegt, so erlaube ich mir doch noch Folgendes anzuführen.

Ausdrücklich spricht schon Paulus die Warnung aus, daß man aus den Worten ipso jure nicht zu viel schließen dürfe; denn etwas, wovon gesagt werde, daß es die Forderung ipso jure aufhebe, könne doch seinem Wesen nach eine wahre exceptio seyn:

— altera (actio) alteram perimit, aut *ipso jure*, aut *per exceptionem*, *quod est* tutius.[35])

Ein klares Beispiel der Art enthält nun L. 4. D. h. t.:

Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait: *ipso jure* eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod compensatione *reus* retinere potest: sicut enim cum totum peto a reo, *male* peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus *condemnari* potest.

---

34) Donelli commentarii ad Cod. L. 4. h. t.

35) L. 34. §. 1. de O. et A. (44. 7.)

Wie nämlich Donell selbst zugibt, zeigt das *male* petere in dieser Stelle, daß der Schuldner nicht ohne Geltendmachung der Compensation im Proceß als von seinem Schuldverhältniß befreit zu betrachten sey; denn wäre derselbe völlig liberirt, so hätte von dem gegen ihn klagenden Gläubiger nicht der Ausdruck *male* agere, sondern *nihil* agere gebraucht werden müssen.

Das wiederholt vorkommende ipso jure selbst in dieser Stelle hält zwar Hasse [36]) für ein Emblem, weil es unglaublich sey, daß zur Zeit des Neratius Priscus [37]) und Pomponius [38]), deren Meinung Paulus in der cit. Lex billigt, ein fidejussor aus jeglichem Contract, also in jeglichem judicio, ohne *exceptio*, die Forderung des Schuldners zur Compensation habe bringen können.

Gebrauchten jedoch Neratius Priscus und Pomponius diesen Ausdruck auch noch nicht, so liegt hierin kein hinreichender Grund, diese Worte in einer Stelle von Paulus [39]) für ein Emblem zu erklären. Denn dieser mochte den ihm und seiner Zeit bereits geläufigen Ausdruck ipso jure fast unwillkürlich seiner Mittheilung hinzufügen.

Es ergibt sich nämlich nicht allein aus dieser Stelle, sondern auch aus den klaren Worten der L. 10. D. de compens. und der L. 4. Cod. eod. tit., daß schon vor Justinian es üblich geworden zu seyn scheint, daß der Richter nicht mehr, wie es früher bei der exceptio doli in strictis judiciis geschah, den Beklagten, der seine zur Compensation benutzte Gegenforderung bewiesen hatte, ganz absolvirte [40]), sondern die Condemnation in Gemäßheit der Compensation minderte. Nichts anderes bezeichnet der auf die L. ult. C.

36) Hasse a. a. O. S. 171. 37) unter Trajan. 38) unter Hadrian

39) unter Septimius Severus, Caracalla, Elagabalus und Alexander Sever, dem Verfasser der L. 4. C. h. tit. cit., welche gleichfalls den Ausdruck *ipso jure* enthält.

cit. sich beziehende §. 30. J. de actionib. durch den Ausdruck „ut actiones ipso jure minuant.“ Der cit. §. legt daher mit Unrecht dem Justinian bei, was schon vor ihm im Gebrauch war, und was der letztere nur gesetzlich sanctionirte. Dasselbe dürfte man auch gegen Bethmann-Hollweg's Ansicht erinnern, welcher die eben geschilderte Wirkung ausschließlich der L. ult. C. cit. beilegt [41]).

Die Entscheidung der vielbesprochenen Frage ferner, welche mit dem Bisherigen in enger Verbindung steht, — ob die Compensation nach römischer Ansicht zu den, eine Forderung ipso jure aufhebenden Thatsachen, oder zu den Exceptionen zu zählen sey, ist für den vorliegenden Gegenstand deßhalb nicht von entscheidendem Interesse, weil die Bedingungen der Geltendmachung der Compensation in Beziehung auf den Beweis und dessen Liquidität, wie wir gesehen haben, unter beiden Formen dieselben waren.

Daß in den Rechtsquellen die Compensation nicht unter die modos tollendarum obligationum, sondern hinter die exceptiones Scti Macedoniani, Scti Vellejani und non numeratae pecuniae gestellt ist, während sie im Proceß als eine die eingeklagte Forderung ipso jure aufhebende Thatsache geltend gemacht wurde, erklärt sich wohl daraus, daß die aequitas compensationis dem Civilrechte völlig fremd war; weßhalb die Compensation strenggenommen unter die eigentlichen modos tollend. obl., welche sämmtlich aus dem Civilrechte entsprangen, nicht gezählt werden konnte.

Es ist hiernach nicht unwahrscheinlich, daß die Römer selbst nicht völlig gewiß gewesen seyen, wohin sie die Compensation rechnen sollten. — So viel indeß ergibt sich aus dem Bisherigen als gewiß, daß im römischen Proceß zu Justinians Zeit die ipso jure die Gegenforderung aufhebende Compensation nicht als *exceptio* vorgeschützt wurde, son-

---

40) Pauli sent. rec. lib. III. tit. 5. §. 3. cit. — Gajus IV. 49—52.
41) Rheinisches Museum, Jahrg. 1. S. 277.

dern daß man erst zufolge der neuern Praxis von einer exceptio compensationis sprechen darf. Denn erst seit dem Mittelalter haben sich die oben erwähnten römischen Ansichten darin geändert, daß man jetzt unter den Einreden auch diejenigen Vertheidigungsgründe versteht, woraus man herzuleiten versucht, daß das klägerische Recht ipso jure wieder erloschen sey, weshalb im gegenwärtigen Proceß die Compensation als Einrede auftritt.

Endlich ist hinsichtlich des Verhältnisses der Compensation im römischen Recht vor Justinian noch zu erwähnen, daß derjenige, welcher sich auf die Compensation nicht berufen wollte, seine Gegenforderung behielt und sie durch Klage verfolgen durfte [44]); und daß der, welcher zahlte, wo er compensiren konnte, das Gezahlte als eine Nichtschuld zurückfordern konnte [45]).

Indem ich hiemit meine geschichtliche Untersuchung schließe, erlaube ich mir, zum Zweck der Uebersicht, die Resultate derselben kurz zu wiederholen:

1) Nur allmälig wurden die anfangs durch die str. jur. judicia gegebenen engen Gränzen aus Rücksichten der Billigkeit für die Anwendung der Compensation erweitert, bis sie endlich, mit wenigen Ausnahmen, der Regel nach zugelassen wurde.

2) Ursprünglich war bei den Römern die Compensation nicht bevorzugt und privilegirt, sondern sehr erschwert;

3) Aus der Form der exceptio doli, unter welcher sie anfangs Geltung erhielt, darf man schließen, daß die Compensation schwerlich dann durchgesetzt wurde, wenn ihre Zu-

---

44) L. 1. §. 4. D. de contraria tutelae (27. 4.): Praeterea s tutelae judicio quis convenietur, reputare potest id, quod in rem pupilli impendit. Sic erit arbitrii ejus, utrum compensare an petere velit sumptus.

45) L. 10. §. 1. D. de compens.: Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.

lassung mit den Anforderungen der Billigkeit und des gesunden Rechtsgefühls im Widerspruch (contra naturalem aequitatem) gewesen wäre, wie in den Fällen, wo eine ungewisse nnd illiquide Forderung gegen eine völlig liquide zur Compensation gebraucht werden sollte. Bei solchen und ähnlichen Verhältnissen entscheiden die Richter schon vor Justinian nach vernünftigem Ermessen über Zulassung oder Aussetzung der Compensation im concreten Falle, wobei sie die wahrscheinliche Schwierigkeit und Dauer der beiderseitigen Beweise erwogen und nicht liquidable Gegenforderungen der Regel nach, unter Verpflichtung des Klägers zur cautio de restituendo, ad separatum verwiesen zu haben scheinen. — Absolute Liquidität war nur erforderlich, wenn die Compensation gegen die actio judicati gebraucht werden sollte.

4) Schon zur Zeit der klassischen Juristen verstand man unter dem „ipso jure fit compensatio“ im Allgemeinen das von selbst Eintreten der Compensation im Augenblick der Fälligkeit der Forderungen, ohne Rücksicht auf Proceß und dessen Formen; — unterschied aber in Beziehung auf Proceß streng im Effekt die Existenz der Compensation und die Anerkennung derselben nach erbrachtem Beweise.

Sobald der letztere geführt war, minderte der Richter die Condemnation in Gemäßheit der Compensation.

5) War die Compensation ad separatum verwiesen, oder nicht benutzt, so setzte sie derjenige, welcher eine ipso jure compensirte Forderung bezahlt hatte, oder derjenige, welcher sich auf die erstere nicht berufen wollte, doch noch in der endlichen Wirkung klagend durch.

II. Was hat die L. ult. C. de compensationibus bestimmt?

Diese Frage, welche mit andern Worten heißt: „was hat Justinian an dem ältern Recht hinsichtlich der Liquidität bei der Compensation geändert?“ kann, da die §§. 30. und 39. de actionib. nur unvollkommene Auszüge der L. ult. C. cit. enthalten, allein aus dieser letztern beantwortet werden.

Die L. ult. selbst lautet:

> Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus inter se observanda. §. 1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare: satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam pene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores ad admittendas compensationes existant, nec molli animo eas suscipiant: sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent: litem autem pristinam jam pene expeditam, sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus.

Ehe ich über diese Constitution meine eigenen Ansichten auszusprechen wage, glaube ich diejenigen früheren Auslegungen derselben kurz anführen zu müssen, welche allgemeine Aufmerksamkeit erregt haben.

Scharf entgegengesetzt stehen sich auch hier wieder Cujaz und Donell gegenüber.

Cujaz behauptet [46]), daß Justinian durch die fragliche L. ult. nichts Neues eingeführt habe.

Donell dagegen meint, die L. ult. zerfalle, insoweit sie von Liquidität rede, in zwei Theile [47]).

Sobald nämlich erstens die zur Compensation benutzte Gegenforderung des Schuldners liquid sey, werde die Compensation zu jeder Zeit des Processes zugelassen.

Sobald zweitens aber die Gegenforderung illiquid sey, so müsse die gleich zu Anfang des Rechtsstreits opponirte, stets zugelassen werden, auch wenn ihr Beweis im höchsten Grade schwierig sey. Die zu spät opponirte jedoch d. h. nachdem der Beklagte schon fast besiegt sey, solle ad separatum gewiesen werden. Dies werde freilich im Gegensatze nicht gesagt, dürfe indeß durch ein argumentum a contrario gefolgert werden aus den Worten:

> Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina etc.

Den ersten Theil dieses zweiten Punktes werde ich später zu widerlegen suchen.

Gegen das erwähnte argumentum a contrario vermag ich sofort folgende Bedenken nicht zu unterdrücken.

Die Worte „satis enim miserabile etc." beziehen sich rückwärts auf die ihnen vorhergehende directe Bestimmung:

> Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit etc.

Dieser Verfügung ist keine Bedingung hinzugefügt, und namentlich ist weder gesagt, daß die Liquidität bei der Compensation irgend in Beziehung zu der Zeit der Vorschützung stehe, noch daß die Compensation dann nicht zugelassen werden solle, wenn sie erst post *litem contestatam*, mit einem Wort, zu spät vorgeschützt worden sey.

---

46) a. a. O. 47) a. a. O. ad Leg. ult. C.

Von dem spät oder im Anfange des Rechtsstreits Vorschützen der Compensation ist in dieser Constitution keineswegs in dem Sinne die Rede, wie Donell annimmt; und zwar deßhalb nicht, weil, was wir später ausführlicher berühren werden, das jetzige Erforderniß des Vorbringens peremtorischer Einreden gleich im Anfange des Rechtsstreits im römischen Processe zu Justinians Zeit nicht vorhanden war. Denn damals durften bekanntlich die peremtorischen Einreden nach und nach opponirt werden. Hätte nun gegen diese allgemeine Regel Justinian eine so bedeutende, specielle Ausnahme, wie Donell vermuthet, vorschreiben wollen, so würde er dies offenbar nicht durch ein argumentum a contrario, sondern durch ausdrückliche Worte gethan haben. Nach bekannten Interpretationsregeln ist man wenigstens nicht berechtigt, hier eine Ausnahme für die Compensation anzunehmen, welche keineswegs irgend deutlich in der cit. L. ult. ausgesprochen ist.

Es enthalten daher die Worte: „satis enim miserabile est" keine Ausnahme begründende Verfügung; sondern beziehen sich, wie wir später sehen werden, nur auf den individuellen Fall, welcher dem Justinian zur Kenntniß gekommen seyn und sein Mißfallen erregt haben mochte.

Donell sucht seine Vermuthung außerdem durch folgende Gründe zu unterstützen:

In gewissen Fällen erscheine es unbillig, illiquide Gegenforderungen des Beklagten ad separatum zu verweisen. Denn erstens könne der Kläger nach Empfang seiner eingeklagten Forderung zahlungsunfähig, und dadurch die separirte Gegenforderung des Beklagten nur auf einer natürlichen Verbindlichkeit beruhen, welche, wenn sie nicht zur Compensation gelassen werde, verloren gehe, weil sie nur zur Retention, nicht aber zur Klage benutzt werden dürfe.

Indeß auch diese Gründe sind nicht entscheidend, denn gegen die angebliche Unbilligkeit des ersten Falls schützt die

aus der Zeit der klassischen Juristen übliche cautio de restituendo; und hinsichtlich des zweiten Falls ist zu berücksichtigen, daß dergleichen Obligationen gegenwärtig theils ganz wegfallen, theils, wenn nur ihrer Klagbarkeit sonst nichts im Wege steht, den obligationes civiles gleichstehen, so daß die Regel selbst: etiam quod natura debetur, venit in compensationem [48]), heut zu Tage ihre praktische Bedeutung verloren haben dürfte; eben da nach jetzigem Recht bekanntlich jeder einfache Vertrag die volle Wirkung eines feierlichen Vertrags der Römer hat, und deßhalb eine Klage auf Erfüllung erzeugt [49]).

Ohne erhebliche Abweichungen werden die Meinungen und Gründe des Donell von fast allen spätern Schriftstellern, welche diesen Gegenstand ausführlich behandelt haben, wiederholt, wie z. B. von Brunnemann [50]), Vinnius [51]), Höpfner [52]), Weber [53]), Glück [54]), Krug [55]) rc.

---

48) L. 6. D. h. t.

49) Cap. 1. 3. X. de pact. (1. 35.) Weber von den Klagen und Einreden, erstes Stück. S. 53. u. f. — Derselbe von d. natürl. Verbindlichkeit §. 47. S. 128. u. f.

50) Commentar. in Codic. ad leg. ult. de compens.

51) Commentar. ad Justiniani Inst. ad §. 30, de actionib. und dessen select. lib. 1. cp. 50.

52) Commentar über die Heineccischen Inst. §. 978, not. 4. (6te Auflage).

53) Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden S. 63. u. 64. (4te Auflage.)

54) Ausführl. Erläuterung d. Pandekten 15 Theil. §. 931. S. 78—80.

55) Lehre von der Compensation S. 232 bis 243.
Der dem Cujaz folgende Walch
(ad Hoppii commentationem succinctam ad inst. Justinianeas §. 30. de actionib.)
hat nichts Neues gesagt.

In der neuesten Zeit haben sich Hasse[56]) u. Bethmann-Hollweg[57]) wie bemerkt, um unsern Gegenstand durch ausführliche Abhandlungen sehr verdient gemacht. — Die erste Veranlassung zu ihren Erörterungen hatten mehrere Schriften von Reh[58]), Gensler[59]) und Seuffert[60]) gegeben, welche wiederum durch eine Entscheidung des Heidelberger Spruchkollegii über die specielle Frage hervorgerufen waren, ob eine Forderung, welche zunächst auf Rechnungsablage über eine Geschäftsführung ex dispari causa gerichtet wurde, zur Compensation mit einer unzweifelhaften Geldforderung benutzt werden könne oder nicht?[61])

Die letztern übrigens werthvollen Abhandlungen von Reh, Gensler und Seuffert haben zur Aufhellung unseres Gegenstandes deßhalb wenig beigetragen, weil sie sehr speciell nur auf die so eben erwähnte Frage sich bezogen.

Wohl durch das erweckte Interesse dieses individuellen Falls bewogen, verband auch Hasse mit der Erörterung des Erfordernisses der Liquidität bei der Compensation eine höchst ausführliche Untersuchung über den Unterschied, ob die beiden Forderungen, welche gegen einander aufgerechnet werden sollen, ex eadem causa herrühren oder nicht[62]).

Rücksichtlich der Vermuthungen, welche derselbe über diesen Punkt, so weit er mit Liquidität in Verbindung steht, aufgestellt hat, erlaube ich mir, folgende Bedenken auszusprechen:

In den Fällen, wo, wie bei der societas eadem causa

---

56) Archiv für civilist. Praxis Bd. 7. No. 9. S. 145—207.

57) Rhein. Mus. f. Jurisprudenz. Jahrg. 1. S. 257—285.

58) Archiv für civilist. Praxis Bd. 2. S. 211 u. f.

59) Ebendaselbst Bd. 2. S. 215. u. f. Bd. 3. S. 199 bis 210.

60) Ebendaselbst Bd. 3. S. 196—198. u. Bd. 11, S. 379—385.

61) Rechtsgutachten und Entscheidungen des Heidelberger Spruchcollegii v. J. 1808. S. 273 u. f.

62) Archiv f. civil. Praxis Bd. 7. S. 154—180.

vorhanden ist, soll nach Hasse's Ansicht deßwegen nichts auf Liquidität ankommen, weil gleich anfangs bei Eingehung des ganzen Verhältnisses darauf gerechnet worden sey, daß nach geschehenem Zu- und Abrechnen derjenige werde zu bezahlen haben, für den ein Zahlungsrest übrig bleibe.

Diese Meinung wird durch die dafür aus den Quellen angeführten Stellen, z. B. die L. 36. D. de administr. et periculo tutorum nicht hinreichend unterstützt; eben so wenig durch die §§. 64 bis 68. Gaji i. c. IV. woselbst, wie bereits mitgetheilt, von den Argentarien die Rede ist. Denn waren die letztern auch genöthigt, bei den Klagen aus ihren Banquiergeschäften die Compensation selbst schon in ihre Klagformel hinein zu legen, so kann man hievon doch keine allgemeine Anwendung auf etwa ähnlich scheinende Fälle unserer Zeit machen. Jene Bestimmung war zu Gajus Zeit speciell auf das Verhältniß der Argentarien beschränkt, welches so eigenthümlicher Art war, daß man es schon damals nicht nach allgemeinen Grundsätzen behandeln zu dürfen glaubte. Die hierauf sich beziehende singuläre Vorschrift war daher strict zu interpretiren.

Bethmann-Hollweg sucht Hasse's Meinung noch durch folgenden Grund zu unterstützen [63]).

Die Retention treffe häufig mit der Compensation ex eadem causa zusammen; hier könne mit einer illiquiden Gegenforderung compensirt werden; denn der Kläger könne sich über Aufenthalt nicht beschweren, da der Beklagte vermöge der Retention nicht eher zu erfüllen brauche, bis der Kläger der Gegenforderung Genüge geleistet habe, oder deren Ungrund ermittelt sey.

Diese Argumentation erscheint mir indeß nicht beweisend. Denn, schützt sich der Beklagte in der That durch Retention, so würde zwar nach deren Regeln Liquidität nicht

---

63) A. a. O. S. 258. u. f.

erforderlich seyn; wählte er dagegen zu seinem Schutz die Compensation, so würden ausschließlich deren Bedingungen zur Anwendung kommen. Ist dann bei der letztern Liquidität oder Liquidabilität allgemeines Erforderniß, so muß die letztere auch bei der compensatio ex eadem causa gefordert werden, da die letztere von Justinians allgemeiner Vorschrift nicht ausgenommen ist.

Hasse's Interpretation der L. ult. selbst dagegen schließe ich mich aus Ueberzeugung von ihrer Richtigkeit an, und während ich sie des Zusammenhangs wegen hier im kurzen Auszuge mittheile [64]), füge ich derselben nur Einiges ergänzend hinzu.

Hasse geht von der bekannten Interpretationsregel aus, daß, ungeachtet Justinian in der fragl. L. ult. wohl etwas Neues vorschreiben wollte, wir doch dieses nur da annehmen und es nicht weiter ausdehnen können, als es seine deutliche Absicht war, und daß wir wenigstens im Zweifel seinen Worten keinen Sinn unterlegen dürfen, welcher dem bis dahin gültigen Recht im Verein mit der Natur und dem Wesen des Gegenstandes selbst, von dem die Rede ist, geradezu widersprechen würde.

Sodann geht Hasse zu der Bemerkung über, welche man beim Lesen Justinianischer Constitutionen zu machen oft Gelegenheit hat, daß seine Vorschriften selbst, wenn gleich auch nicht immer rein und klar ausgedrückt, dennoch der Sache und Wortstellung nach meistens besser sind, als die von ihm hinzugefügten Gründe derselben; und daß Justinian namentlich bei allem Streben, die eigentliche Verfügung generell zu fassen, sich doch nicht aus dem einzelnen Falle, welcher die Veranlassung dazu gab, herauszuwickeln verstand.

Auf diese geschilderte Weise verfügt Justinian in der L. ult. C. cit. generell,

---

64) A. a. O. S. 186 bis 205.

1) daß fortan bei allen Klagen, ohne Unterschied, ob sie *in rem* oder *in personam* seyen, die Compensation ipso jure eintreten solle:

> **Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.**

Was nun folgt, erscheint nur als nähere Bestimmung, wie schon die Verbindungspartikel zeigt. Es wird nämlich nun verfügt:

2) daß die Compensation nur dann mit Erfolg solle vorgeschützt werden dürfen, wenn die Forderung, worauf sie beruhe, liquid sey:

> **Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa ex qua compensatur, liquida sit;**

darauf wird, was mit dem Ausdruck causa liquida genannt sey, durch die Worte erklärt:

> **et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare,**

d. h. was nicht zu hemmenden unbilligen Weiterungen und Zögerungen führen würde.

Hierauf aber verwickelt sich Justinian in den Fall, welcher ihm zur Erlassung dieser Constitution Gelegenheit gegeben haben wird, und führt beispielsweise an demselben aus, daß es gar erbärmlich seyn würde, wenn einem Kläger, welcher seinen Beweis schon fast erbracht habe, der Beklagte noch eine, zu weitläufigen Erörterungen führende Einrede opponiren, und dadurch die erwartete Verurtheilung verschieben dürfe.

Er schließt mit der Erinnerung an die Richter, eher strenge als weich gegen die Compensation zu seyn und dieselbe lieber in einen besondern Proceß zu verweisen.

Dies ist in der Kürze Hasse's Auslegung, welcher ich Folgendes hinzufüge.

Daß in der ersten Bestimmung der L. ult. wirklich eine

Neuerung lag, indem nun auch bei allen actiones in rem die Compensation zugelassen werden sollte, ist unzweifelhaft. Denn eines Theils sagt Justinian dies selbst im Eingange seiner Constitution und im §. 30 J. de actionib., und anderntheils waren es zu seiner Zeit nur noch die actiones in rem, auf welche er die Compensation ausdehnen konnte, da die letztere bei allen persönlichen Klagen schon vor ihm zugelassen wurde.

Was ferner das *ipso jure* im Eingange der Constitution betrifft, so hat Justinian diese Worte, da er es nicht für nöthig gehalten hat, sie näher zu erklären, offenbar in der zu seiner Zeit bekannten und üblichen Bedeutnng gebraucht; und damals waltete, wie wir vorhin gesehen haben, die materielle Bedeutung des ipso jure entschieden vor, worunter das unmittelbar im Augenblick der Fälligkeit von selbst Eintreten der Compensation verstanden war.

Daß zu jener Zeit diese materielle Bedeutung des ipso jure die herrschende gewesen sey, geht außer dem bereits Angeführten auch daraus deutlich hervor, daß Theophilus nur diese allein kennt oder für praktisch hält, wie seine eigenen erklärenden Beispiele zu den §§. 30. u. 39. J. de actionib. beweisen. Denn zufolge der letztern soll eine größere Forderung um den Werth einer ihr entgegenstehenden kleinern ipso jure vermindert sein, sobald das Gegenschuldigseyn eintritt.

Eben so, wie die ältern römischen Juristen, wovon ich vorhin gesprochen habe, unterscheidet auch Justinian hiebei jedoch

1) das ipso jure Eintreten der Compensation von
2) der Anerkennung dieses Eintretens im Processe.

Demgemäß sagt er erstens im principio der L. ult.: das *ipso jure* Eintreten der Compensation solle die allgemeine

Regel seyn; und macht hiebei keinen Unterschied zwischen gerichtlichem und außergerichtlichem Verfahren [65]).

Bestimmt aber zweitens im §. 1. eod. loco speciell, daß die Zulassung der Compensation im Proceß davon abhängen solle, ob sie ohne unbilligen Aufenthalt der Sache liquid gemacht werden könne.

Um diesen Unterschied scharf hervorzuheben, sagt derselbe gleich im Anfang des cit. §. 1. ausdrücklich:

> Ita tamen compensationes *objici* jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit etc.

Der Nachdruck liegt hier auf den Worten *objici* und *causa-liquida. Objici* — vorgeschützt soll die Compensation nur werden können, si causa d. h. wenn das, was man im gerichtlichen Wege zur Vertheidigung anführt [66]), hier also die Gegenforderung, ex qua compensatur, liquida sit.

Bei der zweiten Verfügung der L. ult. cit., womit der §. 1. beginnt, ist im Allgemeinen der Gesichtspunkt hervorzuheben, daß sie nach ihren eigenen Worten eine Vorschrift enthält, welche Justinian den Richtern für den römischen Proceß seiner Zeit ertheilt.

Daß in dieser Verfügung eine Neuerung liege, ist nach dem Obigen nicht wahrscheinlich. Denn aus der geschichtlichen Untersuchung ersehen wir, daß schon vor Erlassung der L. ult. C. cit. ungewisse und illiquide Forderungen, welche zu unbilligen Weiterungen und Zögerungen geführt haben

---

65) Dieser Auslegung stehen die Worte: actionibus — in rem, vel personalibus actionibus nicht entgegen; denn actiones in rem und in personam sind hier offenbar nicht angestellte Klagen, sondern Klagerecht. Hugo Lehrbuch d. heutigen Römischen Rechts S. 49. (7te Ausgabe.)

66) In diesem Sinn sagt Cicero: indicta causa, ohne gerichtliche Vertheidigung.

würden, von den Richtern, nach zuvoriger Beurtheilung des concreten Falls, nicht zur Compensation gelassen, sondern ad separatum verwiesen zu werden pflegten. Hiemit nun stimmt Justinian überein. Denn seine Worte „si causa, ex qua compensatur, liquida sit" sind zufolge der ihnen beigefügten Erklärung „et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare" so wenig fest begränzt, daß man deutlich sieht, Justinian habe mit diesen Worten nicht sofort vollen Beweis, nicht Unzweifelhaftigkeit auf der Stelle als absolutes Erforderniß der Zulassung verlangen, sondern habe dem richterlichen Ermessen überlassen wollen: im concreten Falle über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Compensation zu entscheiden. Justinian spricht hier also nicht von der eigentlichen Liquidität, sondern von der Liquidabilität, indem er, bei den an sich unbestimmten Gränzen der letztern, den Richtern ein Erwägen der wahrscheinlichen Schwierigkeit und Dauer der beiderseitigen Beweise, und die Abweisung des Nichtliquidabeln oder Illiquiden in seinem Sinne zur Pflicht macht.

Hiemit steht auch der Schluß der Constitution, worin Justinian die angegebenen leitenden Ideen den Richtern in allgemeinen Worten vorzeichnet und in Erinnerung bringt, im Einklange:

> Hoc itaque judices observent, et non procliviores ad admittendas compensationes existant, nec molli animo eas suscipiant: sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent: litem autem pristinam jam pene expeditam, sententia terminali componant.

Um diese Instruction in Justinians Sinne zu verstehen, müssen wir berücksichtigen, daß im römischen Proceß seiner Zeit die Beweise entweder in Verbindung mit dem

ersten Vortrage einer Thatsache, oder nach und nach im Laufe des Processes geliefert werden durften[67]).

Da nun aber hierdurch sehr leicht ein solcher Aufenthalt der Sache entstehen konnte, welcher dem Grundprincip der Compensation, der aequitas, nicht entsprach, so forderte Justinian, in Uebereinstimmung mit den älteren Juristen, daß die zur Compensation benutzte Gegenforderung leicht liquid zu machen, oder liquidabel sein müsse; und hatte nur Ursache, dies zu verlangen, indem er daran nichts änderte, daß die Compensation nach damaligem Recht mitten im Lauf des Processes geltend gemacht werden konnte.

Da Justinian in der L. cit. von der sofort vollständig bewiesenen, oder völlig liquiden Gegenforderung und deren Compensation nicht spricht, so dürfen wir daselbst Bestimmungen über die letztere nicht suchen.

Manche Mißverständnisse in dieser Lehre sind durch die Dunkelheit des §. 30. J. d actionib. begünstigt worden, weßhalb wir diesen noch etwas näher, als beiläufig schon geschehen, berücksichtigen müssen[68]).

Soll der cit. §., welcher ein nur sehr unvollkommener Auszug der fraglichen Constitution ist, richtig verstanden werden, so kann dies nur mit Hülfe der L. ult. selbst geschehen; nicht aber darf man das ursprüngliche, ausführlichere Gesetz aus einem verunglückten Auszuge desselben interpretiren wollen. Läßt sich dies nicht läugnen, so ist die Interpretation der Institutionenstelle sehr einfach zu liefern, indem auf sie alles das Anwendung findet, was wir über die Constitution selbst gesagt und als deren eigentlichen Sinn nachgewiesen haben. — Daß der cit. §. aber verunglückt sey, bemerkt jeder unbefangene Leser; denn während die Hauptvorschrift

---

67) L. 1. C. de dilationibus u. Nov. 90. cap. 4.

68) Eine sehr ausführliche Würdigung der verschiedenen Erklärungen des fragl. §. 30. J. hat Hasse a. a. O. S. 193—200. geliefert.

des principii der Constitution und die Vorschrift des §. 1. derselben sich auf die versuchte Weise durch den Ausdruck: quae jure aperto nituntur, — welcher für die mehreren Worte der Constitution steht: causa liquida, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. — nicht in einen Satz zusammenziehen ließ, soll doch der ungeschickt zusammengedrängte §. 30. nach dessen eignen Worten nichts anders thun, als genau referiren, was die Constitution vorgeschrieben hatte.

III. Die Frage endlich,
ob an den Bestimmungen der L. ult. cit. das deutsche Proceßverfahren etwas geändert habe?

zerfällt in die folgenden zwei:

1) Haben die neuern Prozeßnormen Justinians Vorschrift über die *causa liquida* überhaupt modificirt?
2) Ist durch die erstern für die (dem Obigen nach, gegenwärtig als Einrede auftretende) Compensation eine bestimmte Zeit der Vorschützung festgesetzt?

Zur Beantwortung der ersten Frage dient einfach, daß die neuern gemeinrechtlichen Verordnungen über das Erforderniß der Liquidität oder vielmehr Liquidabilität bei der Compensation nichts bestimmt haben, daß also Justinians Vorschrift allgemein gilt; — daß jedoch Herkommen und Landesgesetze summarische Proceßarten, wie den Executiv- und Wechselproceß ausgebildet haben, wonach der Kläger, sobald sein Anspruch aus Urkunden liquid ist, verlangen darf, daß illiquide Einreden des Beklagten einstweilen ausgesetzt werden. — Speciell hinsichtlich des Wechselprocesses ist zu bemerken, daß die überhaupt liquide Einrede der Compensation in der Regel nicht gerade aus einer Wechsel-

forderung herzurühren braucht [69]). Kann sie sofort wenigstens so weit liquid gemacht werden, als zur Anlegung eines Arrestes nothwendig ist, so kann der Beklagte nur zur Deposition der Schuldsumme oder zur Zahlung gegen Caution verurtheilt werden [70]).

Durch die Wahl dieser summarischen Proceßarten selbst ist gegenwärtig dem Kläger ein Mittel gegeben, die illiquide Einrede der Compensation sofort abzuschneiden, insofern seine Klage gleich bei der Anstellung liquid ist.

Im summarischen Proceß bestimmen sich die Regeln über die Zulässigkeit der mehr oder weniger liquiden Einreden, z. B. in Rücksicht der Eidesdelation und des Zeugenbeweises, nach den besondern neuern Vorschriften der verschiedenen Landesrechte [71]).

Ist die Forderung des Klägers nicht liquid, und muß dieser deßhalb seine Klage im ordentlichen Processe durchführen, oder verfolgt er freiwillig einen liquiden Anspruch nur in diesem Verfahren, so fragt es sich bei dieser Proceßart vorzugsweise, ob und inwiefern sich mit derselben Justinians fragliche Constitution in Uebereinstimmung bringen lasse?

Zum Zweck der Vergleichung fasse ich die Verfügungen der L. ult. cit. in der Kürze zusammen. Sie lauten dem Obigen nach:

Das arbitrium judicis soll über Zulassung oder Abweisung der Compensation im concreten Falle entscheiden; als allgemeine Richtschnur soll hiebei Nachstehendes befolgt werden:

---

69) Ludolf, Observat. for. Tom. 1. Obs. 179. Cramer observat. jur. univ. Tom. 2. Obs. 977.

70) Widow de depositione judiciali debiti cambialis, ex jure Hamburgensi. Gött. 1795.

71) Kori, Theorie d. sächs. summar. Proc. §. 74. u. f. v. Savigny, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 3. S. 358.

1) Die illiquidable d. h. schwer liquid zu machende Gegenforderung soll in der Regel abgewiesen,
2) die liquidable dagegen zugelassen werden.

Von der vollständig liquiden spricht Justinian nicht. Stellt man hiemit die betreffenden Regeln des deutschen ordentlichen Processes in Verbindung, so findet man zuvörderst, daß dieser nach der ihm eigenthümlichen Verhandlungsmaxime die Parteien nicht verpflichtet, ihre Beweismittel überhaupt anzugeben, bevor auf den Beweis erkannt ist [72]).

Im ordentlichen Processe kann demnach gegenwärtig der Regel nach erst in der richterlichen Verfügung nach der Beweisantretung über Zulassung oder Ausschließung der liquidabeln oder nichtliquidabeln exceptio compensationis entschieden werden.

Sollte schon am Ende des ersten Verfahrens die Klage als völlig klar und bewiesen zum condemnatorischen Urtheil reif seyn, die Gegenforderung aber eines weitern Beweises bedürfen, so wird die letztere ad separatum verwiesen.

Mit den beiden vorhergehenden Punkten steht Justinians Constitution im Einklange; denn auch dieser will, daß die Richter im Lauf des Processes über die Zulassung oder Abweisung der Compensation entscheiden sollen, und fordert wenigstens klar und ausdrücklich, daß sie dies gleich im Anfange des Rechtsstreits thun müßten. Sollte vielmehr der Richter Justinians Vorschrift gemäß die wahrscheinliche Dauer und Schwierigkeit der Beweise erwägen und das Nichtliquidable abweisen können, so mußten auch damals beide Parteien ihre Beweise wenigstens schon angetreten haben.

Insofern Justinian von der verhältnißmäßigen Leichtigkeit des Gegenbeweises dessen Statthaftigkeit ab-

72) Archiv für civilist. Praxis Bd. 12. S. 7 u. f.

hängig machte, bestätigte er freilich einen insofern singulären Satz des ältern römischen Rechts, als er die causa liquida nur bei der ipso jure eintretenden Compensation, und nicht bei den eigentlichen peremtorischen Einreden forderte, (welches sich wohl daraus erklärt, daß einestheils, wie erwähnt, das Grundprincip der Compensation, die aequitas, dies erheischte, und anderntheils daraus, daß Justinian die Compensation als ipso jure und nicht als exceptio geltend gemacht betrachtete); — indeß stimmt diese seine Verfügung sehr wohl mit unserm jetzigen Proceßverfahren überein, wonach es im Allgemeinen angemessen erscheint, daß der Richter in der Verfügung nach der Beweisantretung das Unstatthafte sogleich zurückweise. In derselben Verfügung wird gegenwärtig der Richter die liquidable Einrede der Compensation zulassen, dagegen die schwer und nur mit großem Aufenthalt zu beweisende Compensation als unstatthaft zurückweisen müssen *). Je nach den individuellen Umständen kann es auch angemessen seyn, die Erbringung eines bessern Beweises innerhalb einer etwa noch laufenden Beweisfrist oder die Ausführung der exceptio compensationis in einem besondern Processe dem Beklagten im Bescheide vorzubehalten. Daneben wird der Richter erforderlichen Falls, wegen Sicherstellung des Beklagten, den Kläger zur Bestellung der cautio de restituendo verpflichten müssen, indem in dieser Beziehung das ältere Recht zur Anwendung kommt, auf welches Justinian in der L. ult. cit. mit den Worten „eas quidem alii ju-

*) Der entgegengesetzten Ansicht scheint F. Harter „das römisch-deutsche Recht der Compensation, München 1837" (S. 231 u. f. zu seyn, dessen Schrift ich erst so eben, nach längerer Beendigung meiner vorliegenden Abhandlung kennen gelernt habe.

dicio reservent" hinzuweisen scheint, es übrigens aber unverändert gelassen hat.

Im Anfange des Rechtsstreits ist vollständige Liquidität bei der Compensation im ordentlichen Processe nur erforderlich, wenn sie als proceßhindernde Einrede opponirt wird.

Soll die Compensation erst in der Executionsinstanz oder gegen die actio judicati durchgesetzt werden, so ist die höchste Liquidität erforderlich. Denn das Executionsverfahren ist in der That nichts anders, als ein unbedingter Mandatsproceß, wo der Grund der Klage durch eine öffentliche Urkunde sofort bewiesen ist. Die Compensation ist jedoch hier nicht als Einrede, sondern als *solutio* zu betrachten. In ihr liegt dann der Beweis der bereits geschehenen Zahlung dessen, wozu man durch die Sentenz condemnirt ist[73]).

Hieran knüpft sich die oben erwähnte zweite Frage:

> Haben die neuern Proceßnormen für die Einrede der Compensation eine bestimmte Zeit der Vorschützung festgesetzt?

In Beziehung auf diese Frage ist zu berücksichtigen, daß die zu Justinians Zeit gegebene Möglichkeit, die peremtorischen Einreden nach und nach zu opponiren, jetzt im Allgemeinen aufgehoben, und daß man dieselben in der Regel sofort bei der Einlassung vorzutragen verbunden ist. Der Beklagte sollte, wie der J. R. A. sagt:

> „was er dabei (bei der Einlassung) dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmahl bey Straff der Praeclusion, einbringen." [74])

Es hat hiernach das jetzige deutsche Proceßverfahren für

73) L. 54. de solutionibus (46. 3.)
L. 2. C. h. t.: Eum vero, qui judicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse, nemini dubium est. — L. 16. §. 1. D. h. t.

74) J. R. A. §. 37. 38.

die Einbringung aller Einreden einen gesetzlich bestimmten Abschnitt. Denn Ausnahmen, wonach ein späteres Vorschützen zulässig sey, macht der J. R. A. überall nicht.

Gegen diese allgemeine neuere Vorschrift kann aus dem ältern römischen Proceßverfahren, wonach die Geltendmachung der Compensation nicht an den Anfang des Rechtsstreits gebunden war, (und welches Justinian, wie erwähnt, bei Erlassung der L. ult. cit. unverändert gelassen hat) keine Ausnahme für die Compensation hergeleitet werden. Denn die letztere, wiewohl ipso jure eintretend, war doch hinsichtlich der Zeit ihrer Vorschützung im Proceß, zufolge der Quellen nicht anders gestellt, als die sonstigen Schutzmittel des Beklagten, auf welche jetzt allgemein die Vorschriften des J. R. A. angewandt werden. Es muß daher auch die Compensation, da man sie nach der jetzigen Praxis als exceptio betrachten darf, wie jede sonstige Einrede in dem für ihre Vorschützung gesetzlich bestimmten Proceßabschnitte vorgetragen werden. Hievon kann der Beklagte nicht abweichen, denn der Kläger hat auf genaue Beobachtung dieses Proceßabschnittes ein Recht; und den letztern darf der Richter nicht durch die spätere Zulassung einer illiquiden exceptio compensationis nach der Litiscontestation ausdehnen. Denn die Vorschrift des J. R. A. verbietet neben der Hauptsache noch erst über die Zulässigkeit einer verspäteten Exception und ihren Beweis gleichsam einen neuen Proceß zu führen. Ein derartiges verspätetes Vorschützen der exceptio compensationis läßt sich offenbar nach dem jetzigen Proceßverfahren eben so wenig rechtfertigen, als nach Justinians fraglicher Constitution, wodurch eben irgend unbillige Weiterungen möglichst verhütet werden sollten.

Ist indeß im ordentlichen oder im Executivproceß die illiquide exceptio compensationis nur zurückgewiesen; und ist dieselbe nicht zugleich als unbegründet rechtskräftig aberkannt, so steht dem Beklagten frei, die bezahlte Nichtschuld nicht sowohl immer condictione indebiti, welche eigentlich eine

aus Irrthum geschehene Zahlung voraussetzt [75]) als vielmehr hier condictione sine causa in einem besondern Processe zurückzufordern [76]).

Wird endlich unter der Form der Wiederklage eine Gegenforderung geltend gemacht, welche im Effekt zur Compensation bis auf die concurrente Summe führt, (daneben auch etwa noch die Condemnation des Klägers zum Mehrbetrage der Gegenforderung bezwecken kann,) so kommen, in so fern Compensation eintritt, die über dieselbe bereits entwickelten Grundsätze hinsichtlich der Liquidität zur Anwendung. Denn Justinians fragliche Constitution betrifft ganz allgemein alle Compensation überhaupt, diese mochte nun als damals ipso jure eintretend, oder mag nach heutigem Verfahren unter der Form einer Einrede oder Wiederklage [77]) vorgebracht werden. Die liquide Klage darf demnach durch eine illiquide Wiederklage nicht aufgehalten werden, sondern muß als solche, je nach der Beschaffenheit des individuellen Falles, im ersten Urtheil oder in der Verfügung nach der Beweisantretung ad separatum verwiesen werden. Deßhalb muß sich die Wiederklage auch zu derselben Proceßart eignen, in welcher die Klage angestellt ist. Die Zeit der Anbringung der erstern wird durch die allgemeinen Vorschriften für die Wiederklage bestimmt [78]).

75) L. 53. D. de R. J. (50. 17,) Cujus per *errorem* dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.

76) L. 7. §. 1. D. de compens. L. 1. §. 4. D. de contrar. tutel. (27. 4.) u. L. 8. §. 2. D. de negot. gest. (3. 5.)

77) Ueber die Streitfrage, ob die Römer die eigentliche Wiederklage gekannt haben, vergl. Glück Comment. Bd. 3. §. 204 S. 227—237. Henning, die Zulässigkeit d. Wiederkl. S. 21—27 mit Goldschmidt Abh. aus d. d. g. Civilproc. §. 1. 2. 6.

78) C. G. O. Thl. 3. Tit. 30. J. R. A. §. 46. — uff diesen Termin — soll der Beklagte uff des Klägers Anbringen antworten, seine Gegennotturfft und Gegenklag — einbringen. Clem. de V. S. 5. 11 Riegger inst. jur. eccl. II. § 644.

Schließlich und nur beiläufig berühre ich noch das von der formellen den Beweis betreffenden Liquidität streng zu unterscheidende materielle Liquidiren, welches letztere in der Anführung aller Thatsachen besteht, welche zur Begründung eines in jeder Hinsicht bestimmten Anspruches gehören.

Daß auf diese Weise gehörig liquidirt und begründet jede Gegenforderung seyn müsse, damit sie überhaupt als exceptio compensationis geltend gemacht werden könne, folgt aus dem bekannten Grundsatze:

> Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est. [79])

Wer mithin excipiendo behauptete, daß der Gegner ihm schulde, ohne anzugeben was oder wie viel? würde eben so wohl abgewiesen werden müssen, als wer auf diese Weise klagen wollte [80]).

---

79) Linde, Lehrb. d. deut. gem. Civilproc. S. 308. L. 1. D. de exceptionib. (44. 1.)

80) Martin, Heidelberg. Rechtsgutachten u. Entscheidungen No. 5. S. 272 u. f.
Gensler, Archiv f. civil. Praxis. Bd. 2. S. 215. u. Bd. 3. S. 199.
Seuffert ebendaselbst Bd. 3. S. 195. u. Bd. 11. S. 379.